

中国海外投资中的 环境保护问题*

□ 韩秀丽

〔关键词〕 海外投资、环境保护、法律义务

〔提 要〕 中国的海外投资面临着现实的环境风险，这给中国海外投资的发展带来了困境。中国政府及其海外投资者有保护中国海外投资环境的法律义务。在国际投资法律政策正在发生转型和趋同的情况下，片面强调国家规制主权或片面强调保护投资者利益的价值取向都将难以维系。在此情况下，客观上要求通过国际投资协定以及各种主体在各个层面加强对中国海外投资环境的保护，这最终将有利于中国海外投资和东道国的可持续发展，有助于经济、外交和政治利益的实现。

〔中图分类号〕 D832.6

〔文献标识码〕 A

〔文章编号〕 0452 8832 (2013) 5 期 0103-13

〔完稿日期〕 2013 年 3 月 25 日

〔作者简介〕 韩秀丽，厦门大学法学院副教授、博士生导师

伴随中国经济的高速增长，中国海外投资迅猛发展。根据《2011 年度中国对外直接投资统计公报》，从 2006 年至 2011 年，中国的海外直接投资

* 本文为教育部 2011 年度“新世纪优秀人才支持计划”（项目编号：NCET-11-0292）及国家社会科学基金重大项目（项目编号：09&ZD032）阶段研究成果。

依次分别为211.6亿美元、265.1亿美元、559.1亿美元、565.3亿美元、688.1亿美元和746.5亿美元。^[1]作为一个新兴市场国家,中国正在逐步演变为一个重要的直接投资输出经济体。然而,中国的海外投资却被指“掠夺性发展”,被批评对环境问题没有显示出足够的关注。“中国环境新殖民主义”、“中国环境威胁论”、“中国生态倾销论”一时甚嚣尘上,至今仍不绝于耳。中国的海外投资被众口一词描绘为只具有掠夺能源和矿产的动机,个别被夸大的环境事件显然并不符合事实,严重有损于中国的形象。中国企业的海外投资造成当地环境破坏和污染不但已经引起国内学者关注,外国学者似乎也在更加深入地思考中国是否在以服务于自身利益的掠夺式发展取代过去支持第三世界穷国独立和发展的措施。^[2]伴随中国海外投资滋生的环境问题已引起中国政府的高度重视。如何对待和保护中国海外投资中的环境问题成为一个具有重要现实意义的课题。

一、中国海外投资存在的环境风险

(一) 中国海外投资的产业与地理分布容易诱发环境风险

1. 产业分布集中在污染较重行业

不可否认,由于中国经济发展对资源的巨大需求,中国海外投资在一定程度上具有资源导向性,虽然这一趋势在未来会有所改变,即中国海外投资的产业结构会向多样化发展,但到目前为止,中国的海外投资仍主要集中在污染较重行业。从2004年至2011年,中国对外直接投资在石油、天然气、矿产、钢铁和电力行业的存量和流量皆呈快速上升趋势。2011年末,中国海外投资的产业分布中,采矿业为144.5亿美元,同比增长153.1%,电力、煤气及水的生产和供应业为18.8亿美元,同比增长88%,这些产业是增长最快的产业。^[3]

[1] 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2011年度中国对外直接投资统计公报》,中国统计出版社,2012年,第5页。

[2] Garth Le Pere, *China in Africa: Mercantilist Predator, or Partner in Development?* Johannesburg, South Africa: SAIHA, 2007.

[3] 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2011年度中国对外直接投资统计公报》,第7-8页。

由于上述投资产业是在自然环境中直接掘取资源和能源或需要大量使用能源及资源，其环境问题无疑比在其他种类的海外投资活动中更显突出。

2. 地理分布分散在环境脆弱地区

由于中国的经济发展需要大量能源和自然资源，中国海外投资不得不主要走向非洲、拉丁美洲和大洋洲这些自然资源丰富的地区。即使是在这些地区，地理位置优越及储藏较丰富的资源早已经被西方发达国家分割完毕。而在那些发达国家“不屑开采”或“难于开采”的地区，生态环境脆弱，国家治理不善，政治风险也很大。^[1] 例如，中国在非洲采油的投资主要集中在安哥拉、苏丹、赤道几内亚和尼日利亚；矿产品和金属的投资集中在赞比亚、刚果民主共和国、南非、津巴布韦和加蓬。

（二）中国海外投资面临的环境规制与诉讼风险

1. 环境规制风险

环境保护问题如果得不到妥善处理，会引发海外投资者和当地居民关系的紧张和冲突，并可能迫使东道国政府采取环境规制措施。当地居民的抗议往往是东道国采取规制措施的前奏。实践表明，海外投资者的投资不仅仅要取得东道国政府的行政许可，还要获得最重要的利益攸关方，即投资地居民的社会许可。^[2] 由于民众的压力，东道国政府可能不颁发行政许可证，而且，即使东道国政府已经颁发了行政许可证，但迫于民众压力，东道国政府也可能停止续发或撤销行政许可证。无论东道国的规制措施是否正当，都将使投资者面临营业困难。

中国的海外投资者已面临过多起此类事件。在柬埔寨，当地政府曾因环境问题收回了中国投资者的森林采伐权。在纳米比亚，由于当地和国际环境组织的抗议，一家中国公司的鱼翅烘干项目没有得到政府批准。2011年，紫金矿业被指没有披露里奥布兰科矿项目的重大环境和社会风险，当地的环境保护机构对紫金矿业当地公司及其高层处以了罚款。中石油和中石化在蒙古、

[1] 张英达、葛顺奇：“跨国经营的政治风险：结构、趋势与对策”，《国际经济合作》，2011年第11期，第4页。

[2] John Ruggie, “Business and Human Rights: Towards Operationalizing the Protect, Respect and Remedy,” (Report to the Human Rights Council, 22 April 2009, A/HRC/11/13), April 22, 2009, para. 46, <http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/HS09/vorlesungen/Text-13.pdf>.

印度尼西亚、墨西哥及加蓬的某些项目也都遇到了当地环境组织的抵制及政府环境规制方面的问题。

值得强调指出的是,有时环境问题与政治和文化问题掺杂到一起,成为中国海外直接投资的重大风险和障碍。例如,2011年9月30日,缅甸政府宣布搁置中国投资开发建设的伊洛瓦底江上最大的水电项目——密松水电站,就是一个集环境、政治和文化问题于一身的事件。再如,昂山素季领导缅甸委员会调查中缅合资铜矿——莱比塘铜矿的所谓环境和社会问题,亦被怀疑实际上是以环境保护为借口,背后暗藏的是政治目的。^[1]

近年来,一些经济相对落后的国家,都已经开始通过法律加强环境规制和保护。例如,尼日利亚拟通过《石油产业法案》,加强合资石油企业的环境报告制度。^[2]在肯尼亚,2010年宪法明确承认人民“拥有清洁和健康环境的权利”。^[3]在秘鲁,《矿产和碳氢化合物法》(Mines and Hydrocarbons Law)要求投资者通过听证会与当地社区磋商。2010年5月,秘鲁国会又通过了《原居民或当地人的事前会商权法》(Law on the Right to Prior Consultation for Indigenous or Native Peoples)。据该法,公司必须在听证会上介绍其采取的强制性环境影响评估,而当地群众可以提问及表示异议,公司对这些提问及异议必须予以考虑。^[4]

2. 环境诉讼风险

海外投资者存在被东道国受害公众通过诉讼追究民事责任的风险。实际

[1] 秦晖:“中缅密松电站搁置之惑”,2012年3月28日,<http://www.chinadialogue.net/article/show/single/ch/4574-Lessons-from-the-Irrawaddy>;李娜:“昂山素季领导缅甸委员会调查合资铜矿”,《环球时报》,2012年12月2日,<http://news.sina.com.cn/w/2012-12-02/091225710857.shtml>。

[2] Obafemi Oredein, “Nigeria’s Petroleum Industry Bill Could Become Law by Mid-2013,” November 21, 2012, http://www.epmag.com/Technology-Regulations/Nigerias-Petroleum-Industry-Bill-Become-Law-Mid-2013_109986.

[3] Brian Sang YK, “Tending Towards Greater Eco-Protection in Kenya: Public Interest Environmental Litigation and Its Prospects Within the New Constitutional Order,” *Journal of African Law*, February 2013, pp. 1-28, <http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=8825969&jid=JAL&volumeId=-1&issueId=-1&aid=8825967&bodyId=&membershipNumber=&societyETOCSession=>.

[4] Barbara Kotschwar, Theodore H. Moran and Julia Muir, “Chinese Investment in Latin American Resources: The Good, the Bad and the Ugly,” Working Paper, Peterson Institute for International Economics, February 2012, p.11.

上,如果海外投资者存在环境犯罪行为,还可能被东道国追究刑事责任。虽然各国因社会发展状况和法律制度沿革不同,对环境犯罪也缺乏统一界定,但基本上都存在环境刑事责任,并且入罪门槛越来越低。例如,在美国,最初只是将环境危害问题纳入民事法律调整范畴,但随着环境污染问题日益严重,环境污染的责任已被纳入刑事处罚范畴。而且,自20世纪80年代后,美国一些法院开始将严格责任适用于环境刑法。^[1]

在尼日利亚,该国的《有害废物(专门刑事条款)法》禁止在尼日利亚的空气、土地或水中倾倒或沉积有害废物。如违反规定,可能导致终身监禁,以及没收土地或用来犯罪的任何物品等刑罚。如果是公司犯罪,该法亦对存在纵容、同意或疏忽责任的公司领导予以并罚。该法还规定罪犯要对其犯罪行为的受害者承担民事责任。^[2]尼日利亚刑法典惩罚任何形式的环境犯罪,从水污染到使用有毒物质都包括在内。^[3]

美国和尼日利亚的情况实际上代表了一种共同的国内立法趋势,即加大环境刑事责任,降低入罪门槛,通过刑法的震慑作用来提高环境保护水平。一些跨国公司曾遭遇此类民事和刑事诉讼风险。例如,在雪佛龙(Chevron)与厄瓜多尔因环境污染及公民健康引起的争端中,投资者就遭到受害人组织在纽约联邦法院和厄瓜多尔国内法院的起诉。虽然联邦法院基于“不方便法院”原则驳回了受害人组织在纽约联邦法院的环境损害求偿,但厄瓜多尔国内法院于2011年2月裁决命令雪佛龙赔偿180亿美元。^[4]雪佛龙对此判决进行上诉,但厄瓜多尔上诉法院于2012年1月3日驳回了该上诉。^[5]对于该裁决的执行,雪佛龙还试图从美国法院获得禁止执行厄瓜多尔法院判决的禁令,

[1] 张福德:“美国环境犯罪的刑事政策及其借鉴”,《社会科学家》,2008年第1期,第83页。

[2] “Harmful waste (Special Criminal Provisions) ACT,” CAP H 1, Laws of the Federation of Nigeria, 2004, sections 6, 7 and 12, <http://www.tucrivers.org/Labour%20and%20Employment%20Related%20Laws/Harmful%20Waste-Special%20Criminal%20Provisions%20etc-Act.pdf>.

[3] “Nigerian Criminal Code,” CAP C38 Laws of Federal of Nigeria, 2004, sections 245-248, <http://ofilispeaks.com/wp-content/uploads/criminal-act.pdf>.

[4] “Summary of Judgment Entered in Aguinda Et Al. V. Chevron Corporation,” February 14, 2011, <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-summary-of-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf>.

[5] “Ecuador Appeals Court Judgment (English),” January 6, 2012, <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2012-01-03-appeal-decision-english.pdf>.

但其企图也受挫。^[1]中国海外投资者目前还没有遭遇此类案件,应引以为戒,避免卷入诉讼。

3. 缺乏诉诸投资者—国家仲裁救济手段的风险

将东道国的环境规制措施诉诸国际投资争端解决机构(最具代表性的是解决投资争端国际中心)越来越成为投资者重要的自我救济手段,国际投资协定中的投资者—国家争端解决条款也被视为是保护投资者利益的最有力武器。到目前为止,国际投资仲裁中有许多案件涉及东道国的环境规制措施。然而,由于种种原因,近年来,投资者—国家争端仲裁受到莫大非议,甚至被视为国际投资法制不公正的典型代表。拉丁美洲的玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉等国相继放弃了这种机制,分别于2007年、2009年和2012年退出了《解决国家与他国国民间投资争端公约》。^[2]2012年7月,南非政府宣布逐步取消第一代双边投资条约。^[3]阿根廷也在2013年1月14日宣布打算退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》。^[4]中国在玻利维亚、厄瓜多尔、阿根廷及南非都有重要投资,各国退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》及取消双边投资条约无疑会使将来在这些国家投资的中国投资者在遭受东道国的环境规制措施时无法诉诸投资者—国家投资仲裁救济手段。澳大利亚早已明确表示在其将来签订的国际投资协定中不再包括投资者—国家争端解决

[1] Chevron v. Naranjo, United States Court of Appeals for the Second Circuit, decided on January 26, 2012, Docket No. 11-1150-cv (L) 11-1264-cv (CON), http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/83c7e33b-75ca-4735-acec-95593be09f03/2/doc/11-1150_op.pdf.

[2] ICSID NEWS RELEASE, "Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention," May 16, 2007, <http://tinyurl.com/57ky25>; ICSID NEWS RELEASE, "Ecuador's Notification under Article 25(4) of the ICSID Convention," December 5, 2007, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement9>; ICSID NEWS RELEASE, "Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention," January 26, 2012, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?RequestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100>.

[3] Speech Delivered by the Minister of Trade and Industry Dr Rob Davies at the South African Launch of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) Investment Policy Framework for sustainable development at the University of The Witwatersrand, July 26, 2012, http://unctad.org/meetings/en/Miscellaneous%20Documents/South-Africa-Investment-statement_Rob_Davies.pdf.

[4] Constanza Heller, "Argentina to withdraw from ICSID," January 24, 2013, <http://www.presstv.ir/detail/2013/01/24/285299/argentina-to-withdraw-from-icsid/>.

条款,并且强调其拥有制定环境和公共健康规制措施的权力。^[1]在中国与澳大利亚磋商修订 1988 年签订的双边投资条约时,中国强烈要求保留投资者—国家争端解决条款,而澳大利亚的态度则截然相反。这意味着将来由澳大利亚环境规制措施产生的争端,中国投资者只能诉诸其国内法救济。

此外,还有一些国家在重新审查投资者—国家争端解决机制,其将来签订的国际投资协定中是否包含该机制或包含的方式如何还尚未可知,如印度和欧盟。这一系列不同程度的卡尔沃主义复活^[2]的现象对中国海外投资者应对东道国环境规制措施的政策含义是:无法诉诸国际投资仲裁机制保护自己的合法权利和利益。在缺乏国际保护机制、只可利用东道国未必公正的当地司法救济机制的情况下,中国海外投资者对于其投资项目的环境影响和争端更应该小心防范。

值得一提的是,中国有重要投资利益的一些国家与中国并没有有效的双边投资条约。^[3]例如,在非洲 54 个国家中只有 16 个与中国存在有效的双边投资条约。这种现状对于中国海外投资者利用投资者—国家争端解决机制保护自身利益显然是不利的。

二、国际投资协定的环境保护价值取向

(一) 总体发展趋势

联合国贸易和发展会议《2012 年世界投资报告》的内容表明了国际投资

[1] Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, “Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity,” April 12, 2011, <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf>.

[2] 卡尔沃主义的实质在于主张外国投资者不能享受高于东道国国民和投资者的待遇,排斥投资国的外交保护,也排斥投资者—国家争端解决机制。20 世纪 90 年代,在新自由主义思潮的影响下,拉美各国纷纷放弃了卡尔沃主义,转而接受投资者—国家争端解决机制以及吸引外资。因此,有学者认为卡尔沃主义死了,但随着个别国家纷纷放弃投资者—国家争端解决条款,学者们认为卡尔沃主义又复活了。参见 Denise Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors,” *Law and Policy in International Business*, Vol.26 (Summer 1995), pp. 1169-1201; Shan Wenhua, “Is Calvo Dead?” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No.1 (Winter 2007), pp. 123-163.

[3] 截止到 2012 年 6 月 1 日,中国签订的全部 128 个双边投资条约,UNCTAD, “World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies,” New York and Geneva, 2012, p. 199, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf.

政策的走向是支持可持续发展及平衡投资者与东道国利益,这是各国在国际投资政策上取得的共识。而表现在具有代表性的投资条约范本上,2012年美国双边投资条约范本强化了缔约方的环境保护义务,其新增的内容包括:缔约方不以各种方式放弃或损抑其环境法以吸引外资这一法律义务具有了强制性,而不再仅仅局限于最佳努力义务。表现在缔约方应当(shall)“确保”(而不是2004年范本的“努力确保”)不以各种方式“放弃或损抑”其环境法以吸引外资;强调缔约方承认国内环境法律、政策,以及双方均为缔约方的多边环境协定在保护环境方面起着重要作用;就环境保护,要有更详细、更广泛的磋商程序;强调公众或非政府组织在环境保护方面的公共参与;强调缔约方的环境规制权。^[1]

包括14个成员的南非发展共同体2012年双边投资条约范本中,就环境保护问题进行了详细的规定,甚至直接并入了纯粹环境保护的内容,与美国的范本相比,有过之而无不及。其主要内容有:第一,在序言中,范本认为可持续发展这一概念中包含要求经济、社会和环境三方面可持续发展的全面实现;第二,直接指明为保护或提高环境的非歧视措施不构成间接征收,且没有符合必要性或比例性的限制;第三,全面而详细地规定了对投资的环境影响评估、投资者的环境管理和改进;第四,关于环境的最低标准,投资者要遵守东道国或投资国批准的国际协定中的较高环境义务;第五,每个缔约国都有权设立自己的国内环境保护及发展政策,并有权修改此类法律、标准和政策,不降低环境标准以吸引和维持外资成为一种强制性义务。^[2]

虽然上述范本不具有法律约束力,但其代表了非洲发展中国家对外缔结双边投资条约的价值取向,其中尤其强调了东道国的环境规制权、投资者和投资国的环境保护义务。很显然,发达国家和发展中国家的投资条约在环境保护方面的价值取向有趋同趋势,即强调投资者的环境保护义务和东道国的环境规制权。投资条约中加强环境保护的实质是加重投资者的义务,是平衡

[1] 2009年2月,奥巴马政府开始审查美国2004年双边投资条约范本,经过三年多的审查,美国政府最终于2012年4月20日结束了内部争论,并发布了2012年双边投资条约范本。参见US Department of State, “2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty,” April 20, 2012, article 12, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

[2] Southern African Development Community, “SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary,” July 2012, preamble, article 6(7), 13, 14, 15(3), 22, 25(1) d, <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

投资者利益与东道国利益的一种表现。

（二）中国的缔约现实

从最近两年中国的缔约实践来看,2010年双边投资条约范本(2010年范本)是中国第四代双边投资条约的缔约依据,^[1]其序言明确规定“愿加强两国间的合作,促进经济健康稳定和可持续发展,提高国民生活水平”。对于是否构成间接征收,2010年范本采用了兼顾效果和目的的检验方法。在涉及东道国环境措施的案件中,使仲裁庭不至于仅仅考虑环境措施对投资的影响,还要考虑环境措施的目的和性质。对各种因素的全面考量更有可能平衡投资者和东道国利益,东道国的环境规制措施更有可能被认定为不构成间接征收,无需作出补偿。2010年范本又新增规定,即除个别情况,缔约一方采取的旨在保护环境等正当公共福利的非歧视性规制措施不构成间接征收。据此,为保护环境等正当公共福利目标采取的非歧视性规制措施一般不构成间接征收,除非此类措施超过了必要限度。^[2]

2010年范本显然追随了美国的做法,2012年5月签订的中日韩三边投资协定和2012年9月签订的中加双边投资协定在环境保护的某些方面都已经超越了2010年范本的规定。例如,中日韩三边投资协定的序言中更为明确地规定以下两点:1.承认不以放松普遍适用的健康、安全和环境措施的方式实现这些目标;2.承认投资者遵守在其领土上从事投资活动的缔约方的法律和法

[1] 有学者将中国签订的双边投资条约分为三代,分别是“第一代双边投资条约”(1982年-1989年)、“第二代双边投资条约”(1990年-1997年)、“第三代双边投资条约”(1998-), see Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford University Press, 2008, pp.35-40。在笔者看来,其分类的主要依据是对投资者保护的程度或东道国“留权在手”的程度。据此,笔者将依据2010年范本签订的双边投资条约界定为中国第四代双边投资条约,因为此类条约更加注重平衡投资者和东道国的利益。

[2] 关于中国2010年双边投资条约范本的内容,参见温先涛:“《中国投资保护协定范本》(草案)论稿(一)”,《国际经济法学刊》,2011年第4期,第169-204页;温先涛:“《中国投资保护协定范本》(草案)论稿(二)”,《国际经济法学刊》,2012年第1期,第132-161页;温先涛:“《中国投资保护协定范本》(草案)论稿(三)”,《国际经济法学刊》,2012年第2期,第57-90页。

规的重要性,这有助于经济、社会和环境进步。^[1]中日韩三边投资协定第18条还包含了完整的根本安全例外条款,这是2010年范本所没有的。虽然环境问题一般不会构成根本安全例外,但是并不排除在极端情况下,环境灾难会导致一个国家为了国家安全采取紧急措施。该协定第23条和第24条还规定东道国采取降低环境保护措施吸引外资的做法是不适当的。为此,各缔约方不应当(should not)放弃或损抑此环境措施作为鼓励在其领土上设立、并购或扩大投资的方法。该协定没有规定任何强制性救济办法,根据该协定设立的联合委员会似乎可以主动对此类东道国提出建议。

此外,在中国即将重启的重大投资保护协定谈判,如中国与欧盟的谈判,以及已经重启的重大投资保护协定谈判中,如中国和美国的投资保护协定谈判,由于对方皆是重视环境保护的国家,且都把加强环境保护视为提高其企业竞争力的手段,甚至有使环境保护成为投资壁垒的可能。因此,涉及环境保护问题及提高环境保护要求将是不可避免的。

中国作为发展中大国,且兼具资本输入国和资本输出国双重身份,为实践平衡投资者和东道国利益及可持续发展的国际投资条约提供了客观基础。商务部正在考虑制定新的投资协定范本,相信在环境保护条款方面会有所加强。

三、如何克服中国海外投资的环境风险

历史上,西方的跨国公司曾以牺牲东道国的环境为代价,攫取了大量超额利润。然而,今非昔比。在网络化、全球化时代的今天,各国都在重视环境保护。国际环境标准也越来越多,越来越严格。如果中国投资者希望在东道国获得良好的经营环境,必须遵守当地的环境标准。在国际投资协定已经和正在发生转型和趋同的情况下,本文从法律的角度提出以下对策:

(一) 争取签订包含环境条款的国际投资协定

强调可持续发展的国际投资协定应该是中国的价值取向,但鉴于中国目

[1] Ministry of Economy, Trade and Industry, "Agreement among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment," May 13, 2012, preamble, <http://www.meti.go.jp/press/2012/05/20120513001/20120513001-3.pdf>.

前海外投资的发展状况,即在快速发展却仍然处于相对弱势、面对众多障碍的情况下,不宜矫枉过正和操之过急。一方面要认识到,在协定中强调环境保护的必要性;另一方面也要认识到,这种保护可能成为一些国家设置环境壁垒和投资保护主义的一种手段。所以,在将投资国和投资者的某些环境保护义务上升为具有强制约束力的条约义务时要审慎,在目前的阶段,仍应以软法义务^[1]为主。东道国的环境规制措施应符合真正为环境保护目的、非歧视、比例原则、善意等要求。中国的海外投资者当然不能重复西方国家跨国公司的发展模式,但中国与西方国家所处发展阶段不同,现实利益不同,国际投资协定的公平、平衡价值追求和中国海外投资者的现实利益应予以兼顾。

这要求我们一方面要将保护环境作为一种法律义务来对待,而不是将其仅仅视为仁慈或道德上的义务;另一方面又要认识到,国际投资协定中的环境保护义务大多还处于软法阶段,软法仍是主要的规定方法。中国最近签订的投资条约皆程度不同地对环境保护采取了接受的态度和做法,大多也还仅限于软法义务,但在硬法暂时无法全面达成的情况下,软法的效果也是值得肯定的,而且软法最终可能会发展为硬法。软法虽不具有严格的法律约束力,但无论如何,国际组织保护环境的软法文件被视为是国际组织的非凡成就,^[2]国际组织正是通过这些软法文件进行环境治理,对东道国的环境保护发挥着重要作用。实际上,国际投资协定中的环境保护内容无形中约束着缔约方和投资者的行为,并且很多内容已经走进了国内立法及跨国公司的行为守则。

(二) 切实加强海外投资保护的具体途径

从投资国的角度,中国无论从立法还是司法方面,都要加强对海外投资者的约束,从而规范其影响海外投资环境的行为。在立法方面,由于全球化导致一些全球问题的解决需要各国的合作和国家主权的弱化,对于东道国的环境保护问题,投资国与东道国必然需要加强合作。海外投资者为投资国带

[1] 关于软法,在《布莱克法律词典》中给出了两个解释:(1)总体上,指那些既不具有严格的约束力,也不完全缺乏法律意义的规则;(2)在国际上,指那些指南、政策宣言或规定行为标准但又不能直接强制执行的行为守则。参见 Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 7th edition, St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 1397.

[2] Peter Muchlinski, "International Corporate Social Responsibility and International Law," in Todd Weiler and Freya Baetens, *New Directions in International Economic Law: in Memoriam Thomas Wälde*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 243.

来收益,投资国自然应承担规制义务。投资国的域外规制权通过国际投资协定的规定能够获得正当性。中国国务院及各部委发布的一些法规和规章直接或间接地涉及海外投资环境的保护问题,如《国务院关于投资体制改革的决定》(2004年)、《境外投资项目核准暂行管理办法》(2004年)、《关于鼓励和规范我国企业对外投资合作的意见》(2006年)、《境外投资管理办法》(2009年)、《对外承包工程管理条例》(2008年)和《对外承包工程行业社会责任指引》(2012年)等,但都过于概括化和简单化,缺乏可操作性。因此,中国需要一部具有可操作性的专门针对海外投资的法规或法律。在司法方面,要积极通过司法渠道间接保护海外投资环境,使投资者对恣意损害有所顾忌。为此,要限制不方便法院原则的适用。

中国还应通过银行、保险机构和证券交易所对海外投资者履行环境保护义务进行更直接地监督。银行、证券和保险机构是海外投资者需要依赖的中介机构,其对海外投资在环境保护方面的规制作用会更有效。世界银行及监察小组和多边投资担保机构与国内银行和保险机构的监管类似,但由于条件更加严格,其所具有的约束力可能更强,有能力的海外投资者可以向其申请贷款和保险,从而接受其环境监管。监察小组的工作在环境保护方面是有成效的,对环境政策的遵守在世界银行的贷款要求之外再提供了一层保障。至2013年3月24日,向世界银行监察小组提出的申诉已经有84起,这些申诉绝大部分涉及环境问题。^[1]由于多边投资担保机构的承保风险包括征收险,因此其投资担保对于投资者避免东道国的环境规制风险和保护东道国环境确实具有重要作用。然而,中国海外投资者目前根本还没有利用多边投资担保机构,或者说中国的海外投资者还没有和多边投资担保机构签订过保险合同。

鼓励投资者进行自我规制,包括通过行为守则及合同进行力所能及的自我规制。在全球化时代,跨国公司日益强大,它需要对利益攸关方承担更大的责任。跨国公司要考虑和决定各利益攸关方的要求,承担更大的社会责任,

[1] The inspection Panel, "Cases by Request Number," <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20221606~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>.

跨国公司的繁荣取决于公司处理与不同利益相关方关系的能力。^[1]有条件的企业应该积极援用各种软法,在其行为守则中承诺保护环境的社会责任。行为守则中尤其要强调与利益攸关方的沟通。实践中,中国公司在采掘业等行业已经引入了国际环境标准,但仍需使相应的规制框架真正发挥作用。从环境保护的角度,这需要公司识别其主要环境影响、系统地改进环境绩效以及引入独立的第三方认证系统。

发挥非政府组织对海外投资环境保护的监督作用。非政府组织在各个方面对于海外投资环境保护的参与,包括国内立法的通过、国际投资协定的谈判、国际投资争端解决各个阶段,尤其是作为法庭之友对国际投资仲裁的参与,表明了非政府组织在海外投资环境保护中的重要作用。非政府组织对中国海外投资者及服务机构的态度并不宽容,相反却更加严苛。中国海外投资者和中国政府应该注意与这些非政府组织的沟通和合作。

四、结语

基于中国海外投资的地理分布与产业分布、世界范围内草根阶层环保意识的觉醒、东道国环境规制的加强和完善以及中国作为新兴市场国家的“后来”资本输出国地位,中国海外投资所产生的环境问题必将越来越引起关注,相关的争端也会越来越多,中国海外投资的环境风险也会越来越大。中国海外投资者面临的环境风险不仅仅是道德风险,而更是法律风险,甚至是政治风险。所以,应通过各个层面、各种主体加强对中国海外投资环境的保护,在国际投资协定方面,与时俱进,接受在国际投资协定中规定各种涉及环境保护的条款。在目前阶段,环境条款仍应主要以软法为宜,以防环境保护成为投资壁垒。认真对待中国海外投资的环境保护最终将有利于中国海外投资的可持续发展,有利于东道国人民的根本福祉,有利于实现中国与东道国的互利共赢发展,也将有利于整个世界的和平与繁荣。

责任编辑:王泽胜

[1] R. Edward Freeman, "The Stakeholder Approach Revisited," *ZFWU*, Vol. 5, No.3(2004), pp. 228-241; Charles Fontaine, Antoine Harman and Stefan Schmid, "Stakeholder Theory of the MNC," December 2006, <http://www.edalys.fr/documents/Stakeholders%20theory.pdf>; Radu Mares, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 80.